

Andreas Casutt / Catherine Grun Meyer*

Antrag an die Generalversammlung und Glaubhaftmachung einer Rechtsverletzung als Voraussetzungen für eine Sonderprüfung

Besprechung von BGE 138 III 246 ff. und 138 III 252 ff.

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalte
 1. BGE 138 III 246 ff.
 2. BGE 138 III 252 ff.
- II. Erwägungen und Entscheide
 1. BGE 138 III 246 ff.
 2. BGE 138 III 252 ff.
- III. Erläuterungen
 1. BGE 138 III 246 ff.
 - 1.1 Grundsatz der vorgängigen Antragstellung an die Generalversammlung
 - 1.2 Argumentation des Beschwerdeführers zu Gunsten einer direkten Anrufung des Richters
 2. BGE 138 III 252 ff.
 - 2.1 Bestätigung der Rechtsprechung zu Art. 697b Abs. 2 OR
 - 2.2 Verletzung von Reglementen und Richtlinien als Gesetzes- oder Statutenverletzung i.S.v. Art. 697b Abs. 2 OR?
 - 2.3 Schlechte Geschäftsergebnisse als Indiz für eine Rechtsverletzung?
- IV. Bedeutung für die Praxis
 1. BGE 138 III 246 ff.
 2. BGE 138 III 252 ff.

Kernsätze

1. Ein Aktionär kann den Richter erst um Einsetzung eines Sonderprüfers ersuchen, nachdem er in der Generalversammlung einen entsprechenden Antrag gestellt hat. Dies gilt auch dann, wenn der Verwaltungsrat die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung zu Unrecht verweigert hat, jedenfalls wenn im Einberufungsbegehren nicht angegeben war, dass ein Sonderprüfungsantrag gestellt werden sollte. (BGE 138 III 246 ff.)
2. Bei Ablehnung einer Sonderprüfung durch die Generalversammlung hat der Antragsteller gegenüber dem Richter eine konkrete Gesetzes- oder Statutenverletzung glaubhaft zu machen (Art. 697b Abs. 2 OR). Der Antrag darf nicht auf blossen Behauptungen be-

ruhen und nicht dazu dienen, noch unbekannte Verletzungen aufzudecken. (BGE 138 III 252 ff.)

3. Die Verletzung eines Kotierungsprospekts oder interner Anlagerichtlinien bildet keine Gesetzes- oder Statutenverletzung im Sinne von Art. 697b Abs. 2 OR. (BGE 138 III 252 ff.)
4. Ein Sonderprüfer kann nur Tatsachen feststellen, nicht aber Einschätzungen oder Urteile über die Zweckmässigkeit von Entscheiden abgeben. (BGE 138 III 252 ff.)

I. Sachverhalte

1. BGE 138 III 246 ff.

In diesen Fall beantragte ein Aktionär zweier Gesellschaften beim Obergericht Zug für beide Gesellschaften die Einsetzung von Sonderprüfern gemäss Art. 697b OR. Zuvor hatte er von den (personell identischen) Verwaltungsräten dieser Gesellschaften erfolglos die Einberufung ausserordentlicher Generalversammlungen verlangt. Obwohl seine Beteiligungen 10 Prozent überschritten, hatte er darauf verzichtet, die Einberufungen gemäss Art. 699 Abs. 4 OR gerichtlich durchzusetzen. Nach Abweisung seiner Gesuche durch das Obergericht erhob der Aktionär Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht.¹

2. BGE 138 III 252 ff.

Dieser französischsprachige Entscheid betrifft eine A. AG, die mit 33,76 % an einer B. AG beteiligt war. Statutarischer Zweck der B. AG ist der Erwerb, Verkauf und die Verwaltung von Beteiligungen an Gesellschaften in GUS-Staaten und dem Baltikum, vor allem im Bereich von Private Equity.

An der Generalversammlung der B. AG 2009 beantragte die A. AG erfolglos eine Sonderprüfung zum Geschäfts-

* RA Dr. Andreas Casutt, LL.M., Partner, Niederer Kraft & Frey AG; RA Catherine Grun Meyer, LL.M., Senior Associate, Niederer Kraft & Frey AG.

¹ BGER 4A_554/2011 vom 10. Februar 2012 (= BGE 138 III 246 ff.), Ziff. A+B (nicht publiziert), Ziff. 4.1 (= BGE 138 III 246, 248).

jahr 2008. Anschliessend ersuchte sie gemäss Art. 697b OR das Gericht um Einsetzung eines Sonderprüfers. Auch dieser Weg blieb ohne Erfolg.²

An der Generalversammlung 2010 stellte die B. AG erneut vergeblich einen Sonderprüfungsantrag. Auch ihr darauf folgendes Gesuch beim Gericht wurde wiederum abgelehnt, weil eine Gesetzes- oder Statutenverletzung nicht glaubhaft gemacht worden sei. Nachdem eine kantonale Berufung ebenfalls erfolglos war, gelangte die A. AG mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.³

II. Erwägungen und Entscheide

1. BGE 138 III 246 ff.

Das Bundesgericht zeigt zunächst die allgemeinen Anforderungen an Sonderprüfungsbegehren auf. Die Sonderprüfung ist zwar ein selbständiges Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs, stellt aber einen subsidiären Rechtsbehelf dar. Ein Aktionär kann der Generalversammlung eine solche Prüfung daher nur dann beantragen, wenn sie zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und er sein Recht auf Auskunft oder Einsicht (Art. 697 OR) bereits ausgeübt hat (Art. 697a Abs. 1 OR). Letzteres Erfordernis gilt auch als erfüllt, wenn dem Aktionär die Auskunft oder Einsicht verweigert wird, wobei ein Versuch zur gerichtlichen Durchsetzung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts nicht erforderlich ist.⁴ Laut Bundesgericht ist aber die Antragstellung an der Generalversammlung an sich unverzichtbar, weil von deren Beschlussfassung das weitere Verfahren abhängt. Bei Annahme des Antrags kann die Gesellschaft oder jeder Aktionär innert 30 Tagen den Richter um Einsetzung eines Sonderprüfers ersuchen (Art. 697a Abs. 2 OR). Lehnt die Generalversammlung den Antrag hingegen ab, steht der Weg zum Richter nur Aktionären, die mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von 2 Mio. Franken vertreten, offen (Art. 697b Abs. 1 OR). Dabei wird es – wie das Gericht nun mit Verweis auf die herrschende Lehre⁵ erstmals festhält (und in BGE 138 III 252, 256, auch gleich bestätigt) – einer Ablehnung durch die Generalversammlung gleichgesetzt, wenn der Verwaltungsrat die Abstimmung über den Antrag verweigert. Wie beim Auskunftsrecht ist auch hier eine gerichtliche Durchsetzung nicht nötig; immerhin muss der Aktionär aber an der Generalversammlung auf einer Abstimmung beharrt haben (Abstimmungsverfolgungs-

pflicht). Sind diese Voraussetzungen gegeben, hat der Aktionär Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers, wenn er glaubhaft macht, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 OR).⁶

Neben dieser Bedeutung für den Verfahrensweg begründet das Gericht die zentrale Stellung der Generalversammlung auch damit, dass sie das Forum sei, in dem das vorher wahrzunehmende und den Gegenstand der Sonderprüfung bestimmende Auskunftsrecht ausgeübt werde. Zudem könne der Verwaltungsrat in der Versammlung den Aktionären seinen Standpunkt darlegen. Auch der Antragsteller selber werde es aufgrund der Diskussion leichter haben, die nötige Minderheit zusammenzubringen, die für ein Gesuch an den Richter unter Umständen erforderlich sei. Schliesslich bestehe an der Generalversammlung auch Gelegenheit zu einvernehmlichen Lösungen, welche die Gerichte entlasteten.⁷

Vorliegend hatte der Beschwerdeführer in der Generalversammlung keinen Antrag auf Sonderprüfung gestellt. Er betrachtete dies nicht als erforderlich, da er erfolglos die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung gefordert hatte. Es könne nicht Voraussetzung sein, diese Einberufung gerichtlich durchzusetzen. Ansonsten würde, in den Worten des Beschwerdeführers, das Recht auf Sonderprüfung für Aktionäre mit einer Beteiligung von weniger als 10 Prozent «untergraben», weil diese die Einberufung nicht erzwingen könnten.⁸ «Ein wirksamer Schutz von Minderheitsaktionären würde in vielen Fällen illusorisch, wenn dem Verwaltungsrat durch die pflichtwidrige Weigerung, eine Generalversammlung durchzuführen, eine Möglichkeit in die Hand gegeben würde, das Institut der Sonderprüfung zu unterminieren».⁹ Ausserdem sei es «systemwidrig», beim Erfordernis der Ausübung des Auskunftsrechts keine gerichtliche Durchsetzung zu verlangen, bei der Einberufung einer Generalversammlung hingegen schon.¹⁰

Das Gericht lehnt dies mit der Überlegung ab, dass auch ein Aktionär, dessen Beteiligung das Quorum von Art. 699 Abs. 3 OR¹¹ nicht erreicht, seinen Sonder-

² S. letztinstanzlich BGer 4A_215/2010 vom 27. Juli 2010.

³ BGer 4A_648/2011 vom 4. April 2012 (= BGE 138 III 252 ff.), Ziff. A–C (nicht publiziert).

⁴ BGE 133 III 133, 135.

⁵ S. statt fast aller BSK OR II-WEBER, Art. 697a N 31; PETER BÖCKLI, Schweizerisches Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 16 N 38; ANDREAS CASUTT, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Diss., Zürich 1991, S. 77.

⁶ BGE 138 III 246, 246–248.

⁷ BGE 138 III 246, 251.

⁸ BGE 138 III 246, 249.

⁹ Ebd.

¹⁰ Ebd.

¹¹ In der Lehre ist umstritten, ob – dem Wortlaut von Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR entsprechend – die Einberufung einer Generalversammlung nur verlangen kann, wer über eine 10%-Beteiligung verfügt (so ZK-TANNER, Art. 699 N 48, 71), oder ob aufgrund einer analogen Anwendung von Art. 699 Abs. 3 Satz 2 auch Aktien im Nennwert von einer Million Franken dieses Recht verschaffen (so BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 12; BÖCKLI [FN 5], § 12 N 62). Aus BGE 138 III 246, 250, geht nun aber recht klar hervor, dass für die Einberufung eine 10%-Beteiligung notwendig ist («[D]er Aktionär, der das Beteiligungserfordernis nach Art. 699 Abs. 3 OR nicht erfüllt, [muss] sich mit anderen Aktionären zusammen-

prüfungsantrag in der Generalversammlung stellen müsse. Dies sei notwendigerweise die ordentliche (oder, so wäre zu ergänzen, eine aus anderen Gründen stattfindende ausserordentliche) Generalversammlung, da dieser Aktionär selber eben nicht über die notwendige Beteiligung für eine ausserordentliche Einberufung verfüge. Der Gesetzgeber nehme es also in Kauf, dass der Antragsteller bis zu einer ordentlichen Generalversammlung zuwarten müsse. Wäre es anders, so könnte dieser Aktionär die Antragspflicht unterlaufen, indem er ein Begehren um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung stellen und bei (rechtmässiger) Ablehnung durch den Verwaltungsrat direkt nach Art. 697b OR den Richter anrufen würde. Weiter treffe es auch nicht zu, dass der Verwaltungsrat es bei Ablehnung der These des Beschwerdeführers in den Händen hätte, das Sonderprüfungsrecht durch Nichtabhaltung einer Generalversammlung zu umgehen, müsse doch eine solche auf jeden Fall einmal jährlich stattfinden. Die Weigerung, eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen, könne deshalb nicht der Ablehnung eines Antrags auf Sonderprüfung durch die Generalversammlung gleichgesetzt werden. Dies gelte «zumal» dann, wenn – wie vorliegend – im Begehren um die ausserordentliche Generalversammlung der Wunsch nach einer Sonderprüfung nicht einmal erwähnt wurde, sodass dieser «bei der Weigerung zur Einberufung der beantragten ausserordentlichen Generalversammlung auch keine Rolle spielen konnte».¹²

Aus diesen Gründen ist gemäss dem Bundesgericht in einem Sonderprüfungsverfahren die Antragstellung an die Generalversammlung unumgänglich. Es weist die Beschwerde demgemäss ab.

2. BGE 138 III 252 ff.

Zu beurteilen war hier, ob die gesuchstellende A. AG «glaubhaft [gemacht hatte], dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben» (Art. 697b Abs. 2 OR). Gemäss Bundesgericht sind für ein Glaubhaftmachen die vermuteten Verletzungen genau darzulegen. Nicht durch Indizien gestützte Behauptungen oder Vermutungen genügen nicht. Dementsprechend sei ein reines Ausforschungsbegehren in der Hoffnung, auf noch unbekannte Unregelmässigkeiten zu stossen, nicht zulässig. Immerhin sei die Sonderprüfung eine gravierende Massnahme, welche in der Gesellschaft ein «Klima des Misstrauens» schaffe. Weiter könnten nur Tatsachen-

feststellungen, nicht Werturteile oder gar rechtliche Beurteilungen Gegenstand der Sonderprüfung sein.¹³

Angewendet auf den konkreten Fall stellt das Gericht zunächst klar, dass Art. 697b Abs. 2 OR von einer Gesetzes- oder Statutenverletzung spricht, sodass die Verletzung eines Kotierungsprospekts oder einer internen Anlagerichtlinie nicht genüge. Im Hinblick auf die für eine Glaubhaftmachung erforderliche Spezifizierung stellt es sodann fest, dass die A. AG ihre Vorwürfe wiederholt geändert habe. Dadurch sei die Diskussion «immer konfuser» geworden.¹⁴ Trotz dieser «Konfusionen» weist das Gericht die Beschwerde indessen nicht ohne Weiteres ab, sondern prüft für jede Frage bzw. jedes Sachverhaltelement, ob die Vorinstanzen dem Gesuch hätten stattgeben müssen.

Eine Gesetzes- oder Statutenverletzung sah die A. AG unter anderem darin, dass der Verwaltungsrat eine Zeit lang alle liquiden Mittel der B. AG bei einer einzigen Bank – welche den Mehrheitsaktionären gehörte – hinterlegt hatte. Gemäss Bundesgericht hat die Beschwerdeführerin zu diesem Vorwurf in ihrer Beschwerde aber nichts Näheres ausgeführt, und es sei nicht zu sehen, weshalb diese Bank ein Risiko dargestellt haben sollte.¹⁵

Ein weiterer Vorwurf der A. AG betraf die (offenbar in den Statuten enthaltene) Regel, nach welcher nicht mehr als 20 % der Mittel in ein einziges Finanzinstrument investiert werden durften. Die B. AG habe diese Schwelle sowohl durch die Hinterlegung der liquiden Mittel bei der erwähnten einzelnen Bank wie auch durch Investitionen in Anleihen überschritten. Das Bundesgericht sieht jedoch auch hier keine glaubhaft gemachte Pflichtverletzung, weil die Hinterlegung von Geld nicht als «Investition» in ein «Finanzinstrument» angesehen werden könne. Ausserdem habe im fraglichen Zeitraum auf den Finanzmärkten eine Krise geherrscht. Eine solche Situation könne es rechtfertigen, einen erhöhten Liquiditätsbestand zu halten, anstatt das Vermögen auf einem «chaotischen» Markt anzulegen. Betreffend die Anleihen stellt das Gericht klar, dass die 20 %-Regel nur für spezifische Einzelanlagen (von denen offenbar keine 20 % überschritt) und nicht für ganze Anlagekategorien gilt.¹⁶

Als Nächstes rügte die A. AG ungenügende Erträge der liquiden Mittel sowie überrissene Honorare. Auch hier ergibt sich aber laut dem Urteil aus der Beschwerdeschrift nicht, weshalb die Rendite ungenügend und die Honorare überrissen gewesen seien.¹⁷

Weiter stützte die A. AG ihren Sonderprüfungsantrag auf den Vorwurf, der Verwaltungsrat habe das Gesell-

tun ..., mit denen er die 10%-Hürde erreicht, und so die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung verlangen und nötigenfalls erzwingen kann»). Daher wird hier vom «Quorum» in der Einzahl gesprochen.

¹² BGE 138 III 246, 250 f.

¹³ BGE 138 III 252, 257.

¹⁴ BGE 138 III 252, 258.

¹⁵ BGE 138 III 252, 258 f.

¹⁶ BGE 138 III 252, 259.

¹⁷ BGE 138 III 252, 259.

schaftsvermögen zum Kauf von Anleihen verwendet, während er es in Unternehmen hätte investieren müssen. Das Bundesgericht entgegnet, dass die B. AG zwar gewiss «private equity»-Investitionen zu ihrem statutarischen Zweck gehabt habe, doch habe die Satzung den Kauf von Anleihen nicht verboten oder auf einen bestimmten Anteil beschränkt. Es müsse gerade in der damaligen Finanzmarktkrise mit unabsehbarem Ende zulässig gewesen sein, vorübergehend eine defensive Anlagestrategie zu verfolgen.¹⁸

Ein weiterer Vorwurf betraf die ungenügende Rendite des Unternehmens. Offenbar wollte die A. AG hier vom Sonderprüfer einen Vergleich der Wertentwicklung der B. AG mit anderen Anlagegesellschaften oder mit Börsenindizes ziehen lassen. Das Gericht ruft in Erinnerung, dass eine Sonderprüfung nicht auf Werturteile abzielen dürfe. Zudem seien eine vergleichsweise schlechte Rendite und ein vielleicht übervorsichtiges Agieren des Verwaltungsrats, wegen dem der Gesellschaft Gewinne entgangen seien, noch keine Gesetzes- oder Statutenverletzungen.¹⁹

III. Erläuterungen

1. BGE 138 III 246 ff.

1.1 Grundsatz der vorgängigen Antragstellung an die Generalversammlung

Die Haltung des Bundesgerichts zur Notwendigkeit des Gangs an die Generalversammlung entspricht der konzeptionellen Entscheidung des Gesetzgebers. Die Möglichkeit des Aktionärs, direkt an den Richter zu gelangen (die «Direttissima»), wurde von der Arbeitsgruppe von Greyerz diskutiert, dann aber verworfen: Der Aktionär soll sein Anliegen zunächst der Generalversammlung unterbreiten.²⁰ An dieser üben die Aktionäre ihre Mitgliedschaftsrechte aus (Art. 689 Abs. 1 OR), und es entspricht dem Charakter des Instituts als subsidiärem Rechtsbehelf, dass zuerst das günstigere und effizientere Auskunftsrecht (Art. 697 OR) auszuüben ist, bevor die aufwendige und für alle Involvierten kostspieligere Sonderprüfung zum Zuge kommt.

1.2 Argumentation des Beschwerdeführers zu Gunsten einer direkten Anrufung des Richters

Die Position des Beschwerdeführers wirkt vor dem Hintergrund des soeben dargelegten Grundsatzes auf den ersten Blick eher abwegig: Warum sollte jemand,

der erfolglos die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung verlangt hat, nicht genauso wie jeder andere Aktionär seinen Antrag auf Sonderprüfung der (ordentlichen) Generalversammlung unterbreiten müssen, wie es schliesslich im Gesetz vorgesehen ist? Bei näherer Betrachtung erweist sich diese Auffassung jedoch über weite Strecken als durchaus nachvollziehbar, auch wenn sie im konkreten Fall am Ergebnis nichts zu ändern vermag.

a. Ausgangspunkt: Überspringen eines Verfahrensschritts bei Verhinderung durch den Verwaltungsrat

Ausgangspunkt der Argumentation des Beschwerdeführers ist offenbar – es kommt im Urteil nicht sehr klar zum Ausdruck – der erwähnte Umstand, dass ein Aktionär, dessen Antrag auf Sonderprüfung zu Unrecht nicht zur Abstimmung gebracht wurde, an den Richter gelangen kann, wie wenn die Generalversammlung seinen Antrag abgelehnt hätte. Er braucht die Abstimmung nicht gerichtlich zu erzwingen. Ebenfalls keinen Versuch zur gerichtlichen Durchsetzung muss der Antragsteller unternehmen, wenn er sein Recht auf Auskunft und Einsicht wegen Obstruktion des Verwaltungsrats nicht ausüben konnte. Stattdessen kann er in diesem Fall der Generalversammlung direkt einen Antrag auf Sonderprüfung stellen.²¹

Es stellt sich in der Tat die Frage, ob sich aus diesen beiden Elementen das allgemeine Prinzip ableiten lässt, dass ein Aktionär, der eine Sonderprüfung wünscht, einen an sich dafür notwendigen Schritt überspringen kann, wenn ihm dessen Erfüllung durch den Verwaltungsrat pflichtwidrig verunmöglicht wurde.

b. Anwendung dieser Regel bei Nichtdurchführung der ordentlichen Generalversammlung?

Ein solcher notwendiger Schritt im Sonderprüfungsverfahren ist nun auch, dass der Aktionär überhaupt an einer Generalversammlung auftreten kann, denn nur dort kann er sein Auskunftsrecht ausüben und einen Antrag auf Abstimmung stellen oder beides zumindest versuchen. Nach dem Grundsatz «*a minore ad maius*» – so liesse sich weiter argumentieren – müsste der Aktionär deshalb auch dann beim Richter um Einsetzung eines Sonderprüfers ersuchen können, wenn der Verwaltungsrat in Verletzung von Art. 699 Abs. 2 OR in einem Jahr (oder gar über mehrere Jahre) *überhaupt keine Generalversammlung einberuft*. Auch ein Versuch, die Abhaltung einer Versammlung gerichtlich durchzusetzen, wäre nach dem oben begründeten allgemeinen Prinzip nicht erforderlich. Die Durchsetzung wäre dem Aktionär auch gar nicht möglich, wenn er nicht über die in Art. 699 Abs. 3 OR verlangte Beteiligung verfügt.²² Die-

¹⁸ BGE 138 III 252, 260.

¹⁹ BGE 138 III 252, 260 f.

²⁰ S. BÖCKLI (FN 5), § 16 N 29.

²¹ BGE 133 III 133, 135; 138 III 246, 247; 138 III 252, 256.

²² S. dazu näher hinten FN 51.

sen Umstand sowie die Möglichkeit – und in der Praxis nicht selten vorkommende Situation –, dass in einer Aktiengesellschaft tatsächlich jahrelang keine Generalversammlungen stattfinden, scheint das Bundesgericht etwas blauäugig zu verkennen, wenn es schreibt: «Da in jedem Fall alljährlich einmal eine Generalversammlung stattfinden muss (Art. 699 Abs. 2 OR), trifft auch nicht zu, dass es der Verwaltungsrat in den Händen hätte, das Antragsrecht auf Sonderprüfung zu unterlaufen, indem er es unterlässt, eine Generalversammlung abzuhalten.»²³

Problematisch an der Eröffnung des direkten Gangs zum Richter in dieser Situation bleibt indessen, dass – anders als bei der verweigerten Abstimmung oder Auskunftserteilung – der Verwaltungsrat und die anderen Aktionäre vom Wunsch nach einer Sonderprüfung unter Umständen vorher gar nicht erfahren, sodass sie auch nicht darauf reagieren können. Diesen Umstand hat jedoch der Verwaltungsrat verschuldet, sodass dem Aktionär nicht deswegen das Instrument der Sonderprüfung vorenthalten werden darf. Andernfalls hätte es der Verwaltungsrat tatsächlich in der Hand, «durch die pflichtwidrige Weigerung, eine Generalversammlung durchzuführen, ... das Institut der Sonderprüfung zu unterminieren»²⁴. Konsequenterweise liess sich sogar fragen, ob hier nicht auf die Quoren von Art. 697b Abs. 1 OR verzichtet werden sollte, da dem Antragsteller mit der Generalversammlung ein Forum vorenthalten wurde, an dem er andere Aktionäre von seinem Anliegen hätte überzeugen können. Sollten nämlich die Voraussetzungen von Art. 697b Abs. 2 OR gegeben sein, läge eine Sonderprüfung wohl durchaus im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft.²⁵

Eine pflichtwidrig unterlassene Einberufung der Generalversammlung schliesst also die Verweigerung der Auskunftserteilung und Abstimmung ein und sollte demzufolge wie letztere direkt den Weg zum Richter eröffnen, damit diesem das Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers gestellt werden kann.

Diese Regel liess sich jedenfalls für die *ordentliche* Generalversammlung vertreten. Unklar bleibt dort jedoch, wie lange die Nichteinberufung zu dauern braucht, bis die erwähnte Rechtsfolge eintreten soll. Sicher müsste die Nichtabhaltung einer Generalversammlung während eines ganzen Jahres genügen, allenfalls bereits das Verstreichenlassen der Sechsmonatsfrist von Art. 699 Abs. 2 OR.

Zu prüfen ist, ob diese Regel – wie hier vom Beschwerdeführer behauptet – auch auf *ausserordentliche* Generalversammlungen anwendbar ist.

c. Gültigkeit auch für die Nichteinberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung?

Grundsätzlich ist weder im Gesetz noch in der Literatur von einer unterschiedlichen Behandlung oder einem unterschiedlichen Status ordentlicher und ausserordentlicher Generalversammlungen die Rede. Im Gegenteil wird stets betont, dass – abgesehen von der Sechsmonatsfrist für die ordentliche Generalversammlung – beide Formen gleichgestellt seien.²⁶ Auch bei der Sonderprüfung stehen sie einander zweifellos insofern gleich, als die Verweigerung einer Auskunft oder Abstimmung in ordentlichen wie in ausserordentlichen Generalversammlungen die erwähnten Konsequenzen haben muss. Es läge nahe, auch bei der pflichtwidrig unterlassenen Einberufung in beiden Fällen dieselbe Rechtsfolge eintreten zu lassen.

Das Bundesgericht teilt diese Auffassung jedenfalls in der vorliegenden Konstellation nicht. «Würde der Meinung des Beschwerdeführers gefolgt», so die Befürchtung der Richter, «könnte selbst ein einzelner Aktionär, der das Quorum nach Art. 699 Abs. 3 OR nicht erreicht, mit einem blossen Begehren um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung bei Nichtbefolgen desselben durch den Verwaltungsrat erreichen, dass der direkte Weg an den Richter nach Art. 697b OR geöffnet wird».²⁷ Dieses Gegenargument überzeugt freilich nicht, denn selbstverständlich müsste Voraussetzung sein, dass der Aktionär über eine Beteiligung nach Art. 699 Abs. 3 OR verfügt (was in casu der Fall war) und er zudem wie vorgeschrieben im Einberufungsbegehren mindestens ein Traktandum und einen Antrag angegeben hat (was hier offenbar auch erfüllt war, da das Bundesgericht nichts Gegenteiliges erwähnt). Dann ist der Verwaltungsrat – klar unzulässige Traktanden und Anträge vorbehalten²⁸ – verpflichtet, eine Versammlung einzuberufen. Tut er dies nicht, verletzt er seine Pflichten, was das «Überspringen» eines an sich notwendigen Schritts im Sonderprüfungsverfahren erlauben könnte – genau so, wie es auch bei der Verweigerung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts und der Abstimmung über den Antrag in der Generalversammlung der Fall ist.

Eine solche Regel hätte somit bei zu Unrecht nicht einberufenen ausserordentlichen Generalversammlungen eine gewisse Berechtigung, ist doch anzunehmen, dass sich der antragstellende Aktionär in solchen Verhältnissen einer Phalanx von Verwaltungsrat und Aktionä-

²³ BGE 138 III 246, 251.

²⁴ So der Vorwurf des Beschwerdeführers im vorliegenden Urteil auf S. 249.

²⁵ Vgl. dazu CASUTT (FN 5), S. 26 f., 34 f. Entscheidend für die Zulassung der Sonderprüfung sollten die materiellen Schranken sein, und sie sind es auch in der Praxis, wie BGE 138 III 252 ff. zeigt.

²⁶ S. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 699 N 21; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 16 N 356; ZK-TANNER, Art. 698 N 85.

²⁷ BGE 138 III 246, 251 f.

²⁸ S. BÖCKLI (FN 5), § 12 N 65 (der Verwaltungsrat hat ein Recht zum Nichteintreten, «wenn das Begehren rechtlich nicht haltbar ist»), vgl. auch N 71c–71e zum Traktandierungsrecht (Traktandierungsbegehren, die nichtig oder schwerwiegend mangelhaft sind, können zurückgewiesen werden).

ren gegenübersteht und ihm auch an einer Generalversammlung weder ausreichend Auskunft erteilt noch gar seinem Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung stattgegeben würde. Für solche Fälle bestünden deshalb für eine Direttissima beachtliche Gründe. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Hinhalten bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung die rechtzeitige Abklärung von Tatsachen verunmöglichen würde, bevor eine Verantwortlichkeitsklage verjährt. Eine rechtzeitige Ermittlung des Sachverhalts liegt hier selbstverständlich auch im Interesse der anderen Aktionäre und der Gesellschaft.

d. Keine Erwähnung des Sonderprüfungsantrags im Einberufungsbegehren im vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall kam der besondere Umstand hinzu, dass der Beschwerdeführer im Einberufungsbegehren seinen vorgesehenen Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung gar nicht erwähnt hatte (welchen Antrag er tatsächlich stellte, ist nicht ersichtlich). Dann aber, so das Bundesgericht, könne «die Weigerung des Verwaltungsrats, einem Begehren um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung stattzugeben, nicht der Ablehnung eines Antrags auf Sonderprüfung durch die Generalversammlung gleichgesetzt werden», weil dieser geplante Antrag ja «bei der Weigerung zur Einberufung der beantragten ausserordentlichen Generalversammlung auch keine Rolle spielen konnte».²⁹ Obwohl der Aktionär seinen Antrag vor der Generalversammlung nicht ankündigen muss, damit darüber abgestimmt werden kann (Art. 700 Abs. 3 OR), wird man in der Tat von ihm verlangen dürfen, dass er sein Ansinnen im Einberufungsbegehren erwähnt, wenn er bei Untätigkeit des Verwaltungsrats direkt an den Richter gelangen will. Schliesslich schreibt Art. 699 Abs. 3 OR sinnvollerweise vor, dass die Einberufung unter Angabe des Verhandlungsgegenstandes und der Anträge anzu-begehren sei. Dies ist vor allem deshalb angebracht, weil bei einem direkten Gang an den Richter nicht nur der «schuldige» Verwaltungsrat, sondern auch die («unschuldigen») anderen Aktionäre vom Verfahren ausgeschlossen sind, welche ein erhebliches Interesse an einem Einbezug haben können. So ist denkbar, dass es ihnen in der Generalversammlung gelänge, den Antragsteller von seinem Wunsch abzubringen und dadurch der Gesellschaft erhebliche Kosten und Umtriebe zu ersparen. Ihre Mitwirkungsmöglichkeit darf den Aktionären deshalb nicht leichtthin vorenthalten werden. Auf der anderen Seite ist, wie oben dargelegt, das Bedürfnis des Antragstellers ebenfalls legitim, ein Sonderprüfungsbegehren innert nützlicher Frist vor den Richter bringen zu können, ohne Verschleppungstaktiken des Verwaltungsrats ausgesetzt zu sein.

e. Fazit

In Abwägung all dieser Faktoren erschiene es durchaus sachgerecht, den direkten Weg an den Richter nur – aber immerhin – dem (über eine Mindestbeteiligung nach Art. 697b Abs. 1 und Art. 699 Abs. 3 OR verfügenden) Aktionär zu eröffnen, der in seinem missachteten Einberufungsbegehren auf den Sonderprüfungswunsch hingewiesen hat. Der untätig bleibende Verwaltungsrat verhält sich hier materiell betrachtet nicht anders, als wenn er einen entsprechenden Antrag an der Generalversammlung übergeht. Informiert der Aktionär hingegen den Verwaltungsrat nicht über sein Ansinnen, darf von ihm verlangt werden, zuerst mittels Art. 699 Abs. 4 OR die Einberufung der Generalversammlung zu erzwingen.

Genau diese Lösung würde im Ergebnis dem vorliegenden Urteil entsprechen, welches sich im zu beurteilenden Fall zu Recht an den vom Gesetzgeber vorgezeichneten Weg hält. Das Überspringen der im Konzept der Ausübung der Aktionärsrechte zentralen Generalversammlung erscheint schlicht als ein zu grosser Sprung. Die Argumentation des Beschwerdeführers beinhaltet aber stimmige Überlegungen, deren Berücksichtigung in bestimmten Situationen das Recht auf Sonderprüfung griffiger und zeitlich effizienter machen könnte.

2. BGE 138 III 252 ff.

2.1 Bestätigung der Rechtsprechung zu Art. 697b Abs. 2 OR

Die allgemeinen Ausführungen zur Glaubhaftmachung unter Art. 697b Abs. 2 OR bestätigen die bisherige Rechtsprechung, nach welcher dargetan werden muss, dass mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit ein Organ eine bestimmte Gesetzes- oder Statutenverletzung begangen hat.³⁰ Dabei darf das Mass der Glaubhaftmachung einerseits nicht zu streng sein, wenn das Sonderprüfungsrecht nicht toter Buchstabe bleiben soll, es kann andererseits aber auch nicht Untersuchungen aufgrund blosser Behauptungen erlauben.³¹ Etwas seltsam mutet in diesem Zusammenhang der Hinweis des Bundesgerichts an, die Sonderprüfung schaffe ein «Klima des Misstrauens» in der Gesellschaft. Nun besteht das Institut der Sonderprüfung gerade dazu, vermutete Pflichtverletzungen, die sich dem näheren Einblick von Minderheitsaktionären entziehen, aufzuklären und so Transparenz herzustellen. Zwangsläufiger Ausgangspunkt – und auch rechtliche Voraussetzung – eines solchen Begehrens ist ein Verdacht rechtswidrigen Verhaltens und damit ein Misstrauen gegenüber der Unternehmensführung. Mit der Sonderprüfung kann dieses Misstrauen entweder bestätigt oder widerlegt werden –

³⁰ V.a. BGE 120 II 393 ff., 123 III 261 ff. und 133 III 133 ff.

³¹ S. dazu schon BGE 120 II 393, 397 f., mit Verweis u.a. auf CASUTT (FN 5), S. 94, 99.

²⁹ BGE 138 III 246, 251.

geschaffen wird es dadurch nicht, und der Massstab der Glaubhaftmachung wird dadurch auch nicht verändert.

Das Bundesgericht beleuchtet danach im Detail die materiellen Schranken der Sonderprüfung, die zu den formellen des Antragsverfahrens (Art. 697a Abs. 1 und Art. 697b Abs. 2 OR) hinzutreten. Der Antragsteller muss ein aktuelles Interesse («*intérêt actuel et digne de protection*») an der Feststellung eines noch unklaren, aber bestimmten Sachverhalts haben.³² Die Sonderprüfung dient nicht dem Erhalt von Werturteilen, und das Bundesgericht erteilt der «Fishing Expedition» eine klare Absage («*il n'est pas admissible de demander un examen à des fins purement exploratoires dans l'espoir de découvrir des irrégularités dont le requérant ne sait rien*»).³³ Auch stellt es klar, dass die Sonderprüfung nicht auf eine vollständige Nachprüfung der Rechnungslegung abzielen darf, da dies Aufgabe der Revisionsstelle ist.³⁴ Diese Ausführungen zeigen, dass das Gericht die Stossrichtung der Sonderprüfung nicht aufweichen will; die Sonderprüfung schweizerischer Ausprägung ist eine «*fact finding mission*» und nicht – was sie auch sein könnte – eine Geschäftsführungsprüfung. Das Bundesgericht bestätigt damit seine bisherige Rechtsprechung³⁵ und bewegt sich im Einklang mit der Lehre³⁶.

2.2 Verletzung von Reglementen und Richtlinien als Gesetzes- oder Statutenverletzung i.S.v. Art. 697b Abs. 2 OR?

Während die Ausführungen im Urteil also wenig bemerkenswert sind, regt der Fall zu einigen weiterführenden Überlegungen an, auf welche die Rechtsprechung noch keine Antworten gibt. So stützte sich, wie erwähnt, die Klägerin bei der Geltendmachung der Rechtsverletzungen auch auf (behauptete) Verstösse gegen Vorgaben im Kotierungsprospekt und in einer internen Anlagerichtlinie. Gemäss dem Wortlaut von Art. 697b Abs. 2 OR ist in der Tat eine Verletzung von «Gesetz oder Statuten» glaubhaft zu machen. Dennoch scheint nicht undenkbar, dass in bestimmten Fällen auch die Verletzung untergeordneter Regelungen als «Statutenverletzung» gelten kann, wenn diese Regelungen und die Statuten eng zusammenhängen. Gerade bei einer Investmentgesellschaft (und um eine derartige Gesellschaft dürfte es sich bei der Beklagten handeln) schreibt das Kotierungsreglement der SIX³⁷ in Art. 67 vor, dass die Grundsätze der Anlagepolitik in den Statuten und die Details in den Anlagerichtlinien wiederzugeben sind. Da es der Gesellschaft bzw. der Aktionärsmehrheit überlas-

sen ist, wie detailliert die Grundsätze der Anlagepolitik in den Statuten geregelt werden,³⁸ dürfte die Begründung des Bundesgerichts zu kurz greifen. Dies beginnt damit, dass es die Anlagerichtlinien als «*directive interne d'investissement*» bezeichnet,³⁹ obschon diese öffentlich bekannt zu machen sind⁴⁰ und damit den Charakter eines internen Regelwerks verlieren. Zumindest bei Investmentgesellschaften hätte das Gericht daher festhalten können, dass eine Widerhandlung gegen die vom Verwaltungsrat selbst erlassenen Anlagerichtlinien die Qualität einer Statutenverletzung im Sinne von Art. 697b Abs. 2 OR aufweisen kann. Die Folgen einer Verletzung der Anlagerichtlinien für den Aktionär können jedenfalls so erheblich sein wie die einer Verletzung der Statuten. Vorliegend hätte das am Entscheid wohl nichts geändert, da sich das Gericht mit den diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt hat und offenbar keine Verletzung der Anlagerichtlinien feststellen konnte.

Der Einwand ist aber auch generell zu machen: Beharrt man auf einer strikt wörtlichen Auslegung von Art. 697b Abs. 2 OR, würde es von Zufälligkeiten bzw. der gewählten Regelungstechnik abhängen, ob ein Verstoß gegen eine gesellschaftseigene Vorschrift zu einer Sonderprüfung Anlass geben kann oder nicht. Dies scheint wenig sinnvoll. Bei alledem ist zudem immer der Zweck der Sonderprüfung im Auge zu behalten, welcher insbesondere darin besteht, dem Aktionär den Entscheid über die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage sowie die entsprechende Beweisführung zu erleichtern. Der Begriff der «Gesetzes- oder Statutenverletzung» sollte deshalb kongruent zur «Pflichtverletzung» von Art. 754 Abs. 1 OR ausgelegt werden. Dort spricht jedoch nichts dagegen, zumindest ergänzend auch die Verletzung von Reglementen und dergleichen einzubeziehen.⁴¹ Derartige Regelungen können insbesondere zur Konkretisierung des Gesellschaftszwecks und des Gesellschaftsinteresses herangezogen werden, sodass Verstösse dagegen unter Umständen mittelbar auch Gesetz (insbesondere Art. 717 Abs. 1 OR) und Statuten (Zweckbestimmung) verletzen.⁴² Unrichtige oder unvollständige Angaben in

³² BGE 138 III 252, 257.

³³ Ebd.

³⁴ Ebd., mit Verweis auf BGE 133 III 453, 461.

³⁵ S. etwa BGER 4A_215/2010 vom 27. Juli 2010, Ziff. 3.1.4.

³⁶ S. etwa BÖCKLI (FN 5), § 16 N 59; BSK OR II-WEBER, Art. 697a N 17 f.

³⁷ Kotierungsreglement der SIX vom 12. November 2010 (KR).

³⁸ In der Praxis beschränken sich die Investmentgesellschaften regelmässig darauf, in den Statuten ihr Investmentthema nur grob zu umreissen (etwa Investments in Hedge Funds oder Private Equity) und die eigentlichen Bereiche der Anlagetätigkeit in den Anlagerichtlinien wiederzugeben.

³⁹ BGE 138 III 252, 258.

⁴⁰ Art. 67 KR.

⁴¹ S. PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, S. 239 N 776 («Weitere Pflichten [deren Verletzung eine Haftung nach Art. 752 ff. OR begründet] können sich aus Statuten und Reglementen ergeben»); HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss., Zürich 2001, S. 241 («Die Pflichten von Verwaltungsrat und Geschäftsführungsorganen ergeben sich in abstrakter Form aus dem Gesetz [Verweis auf Art. 716 ff. OR], daneben aus den Statuten, Reglementen und Generalversammlungsbeschlüssen»).

⁴² S. CHRISTA SOMMER, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats nach Art. 717 Abs. 1 OR, Diss., Zürich/St. Gallen 2010, S. 54 («Aufschlussreich [für die Bestimmung des Gesellschaftsinteresses]

Emissionsprospekten oder ähnlichen Mitteilungen können sodann gemäss Art. 752 OR die Prospekthaftung auslösen. Es drängt sich entsprechend nicht auf, solche Verletzungen vom Anwendungsbereich der Sonderprüfung auszunehmen. Ausserdem kann ein Handeln unter Verstoss gegen interne Vorschriften kaum als sorgfältig gelten, sodass auch die Sorgfaltspflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) verletzt sein wird. Entsprechend kann die Glaubhaftmachung derartiger Verletzungen auch bei der Sonderprüfung nicht a priori als irrelevant angesehen werden.

2.3 Schlechte Geschäftsergebnisse als Indiz für eine Rechtsverletzung?

Zu weiterführendem Nachdenken laden auch die bundesgerichtlichen Aussagen ein, dass es für eine Gesetzes- oder Statutenverletzung keine Rolle spiele, ob andere Gesellschaften oder Fonds eine bessere Rendite erzielten, und dass ein Vergleich mit diesen auch deshalb nicht verlangt werden könne, weil die Sonderprüfung nicht auf ein Werturteil abzielen dürfe⁴³. Dazu gilt es zunächst anzumerken, dass der Ausdruck «auf ein Werturteil (oder eine rechtliche Beurteilung) abzielen» unglücklich gewählt ist, weil das *Ziel* der Sonderprüfung für den Aktionär natürlich darin liegt, mittels der gewonnenen Informationen (*rechtlich und sachverhaltsmässig*) beurteilen zu können, ob Gesellschaftsorgane Pflichten verletzt haben. Diese Beurteilung darf bloss nicht *Gegenstand* der Sonderprüfung sein; Fragen, die darauf gerichtet sind, dem Aktionär diese Beurteilung zu ermöglichen, sind indessen statthaft.⁴⁴ Interessant und praktisch bedeutsam ist nun aber die Frage, ob schlechte Geschäftsergebnisse nicht doch eine Rechtsverletzung indizieren können. Gewiss schuldet der Verwaltungsrat aufgrund von Art. 717 Abs. 1 OR kein bestimmtes Resultat, sondern nur sorgfältige Bemühungen, und es ist im Allgemeinen nicht zulässig, ex post vom Misserfolg auf eine Pflichtverletzung zu schliessen. Bei geradezu desaströsen Resultaten wird man aber unter Umständen nicht mehr von einer sorgfältigen Unternehmensführung und -leitung ausgehen können.⁴⁵ Viel bessere Leistungsausweise direkter Konkurrenzunternehmen können in diesem Zusammenhang durchaus ein Indiz für eine unsorgfältige Unternehmensführung

und -leitung darstellen. Es scheint deshalb nicht ausgeschlossen, dass das Aufzeigen derartiger Umstände genügen kann, um eine Rechtsverletzung im Sinne von Art. 697b Abs. 2 OR glaubhaft zu machen.⁴⁶ Im vorliegenden Fall konnte aber von derartigen Verhältnissen offenbar nicht die Rede sein, sodass sich dem Bundesgericht die Frage so nicht stellte.

IV. Bedeutung für die Praxis

1. BGE 138 III 246 ff.

Die unmittelbare Bedeutung von BGE 138 III 246 ff. für die Praxis beschränkt sich auf Aktionäre, die die Quoren von Art. 699 Abs. 3 Satz 1 und Art. 697b Abs. 1 OR erreichen. Diese sind auf jeden Fall schlecht beraten, vom Richter die Einsetzung eines Sonderprüfers zu verlangen, ohne vorher den entsprechenden Antrag an einer Generalversammlung gestellt zu haben. Die «Direttissima» entspricht einfach nicht dem vom Gesetz vorgezeichneten Weg und führt dazu, dass das zentrale Element der Subsidiarität nicht mehr gewährleistet ist. Offen ist, ob anders entschieden würde, wenn der missachtete Antrag auf Einberufung der Generalversammlung klar zum Ausdruck bringt, dass über eine Sonderprüfung befunden werden soll. Wir würden dem Hinweis des Bundesgerichts⁴⁷ nicht diese Bedeutung beimessen, da die grundsätzlichen Bedenken gegen die direkte Anrufung des Richters nicht beseitigt werden, wenn der antragstellende Aktionär die Einberufung unter Angabe dieses Antrags anbegehrt.

Auf eine direkte Anrufung des Richters wäre unseres Erachtens sicherheitshalber selbst dann zu verzichten, wenn sich der Verwaltungsrat konstant weigert, eine ordentliche Generalversammlung durchzuführen. Aktionäre, welche über das Quorum gemäss Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR verfügen, sollten vielmehr zunächst die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung vor Gericht verlangen, zumal der Richter die Versammlung notfalls direkt einberufen kann.⁴⁸ Die damit verbundene Zeitverzögerung ist wohl hinzunehmen, obschon sie im Hinblick auf die weitere Ausübung von Aktionärsrechten, wozu die Sonderprüfung ja dienen soll, ärgerlich ist.

Aktionäre ohne qualifizierte Beteiligung gemäss Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR dürften schlicht darauf angewiesen sein,

können auch allfällig erlassene interne Richtlinien sein»), 56 (dito, für «Businessplan, Richtlinien, Weisungen und anderen internen Reglementen»), 58.

⁴³ BGE 138 III 252, 260 f.

⁴⁴ S.a. BÖCKLI (FN 5), § 16 N 53 f. («Es muss möglich sein, nach Sachverhalten zu forschen, die Elemente für den Nachweis einer Ermessensüberschreitung bzw. einer offensichtlichen Unangemessenheit darstellen ... Vertiefende Abklärungen und die Untersuchung von Tatsachen, die für die Beurteilung der Angemessenheit getroffener – oder unterlassener – Massnahmen nötig sind, sollten grundsätzlich zugelassen werden»), N 96.

⁴⁵ S. dazu die erstaunlich weitgehende Aussage in BGer 4C.64/2003 vom 18. Juli 2003, E. 5.4: «[I]l est vrai qu'une gestion objective-ment mauvaise constitue en principe une violation de la loi (art. 717 CO)».

⁴⁶ So schon ANDREAS CASUTT, Was brachte die Sonderprüfung als neues Instrument des Aktionärsschutzes? – Praktische Erfahrungen der ersten zehn Jahre, ST 2002, S. 506, 510 («[G]rosse und nicht oder nicht genügend erklärte Verluste» sollten zur Glaubhaftmachung einer Pflichtverletzung ausreichen).

⁴⁷ BGE 138 II 246, 251.

⁴⁸ Zur letzteren Möglichkeit s. BGE 132 III 555, 563; 137 III 503, 517; BÖCKLI (FN 5), § 12 N 72l, N 123a (zit. in FN 51).

dass zumindest die ordentliche Generalversammlung gesetzesgemäss durchgeführt wird. Allenfalls gelingt es ihnen dann an der Versammlung, auch bei Ablehnung des Sonderprüfungsantrags zumindest genügend Aktionäre von ihrem Antrag zu überzeugen, um das Quorum von Art. 697b Abs. 2 OR zu erreichen.

Im Hinblick auf die laufenden Gesetzgebungsarbeiten gibt der Entscheid Anlass zum Hinweis, dass für die Ausübung des Rechts auf Sonderprüfung nicht nur das Quorum von Art. 697b Abs. 1 OR von Relevanz ist – dieses soll bei börsenkotierten Gesellschaften auf 0,5 %, bei den übrigen Gesellschaften auf 5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen abgesenkt werden⁴⁹ –, sondern auch das Quorum von Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR – welches neu 2,5 % bzw. 10 % betragen soll⁵⁰ –, da das Sonderprüfungsrecht ohne eine vorgängige Generalversammlung eben nicht ausgeübt werden kann. Durch diese Diskrepanz der Quoren ergibt sich unter neuem Recht die Situation, dass Aktionäre mit Beteiligungen zwischen 0,5 und 2,5 % bzw. zwischen 5 und 10 % zwar bei Ablehnung eines Sonderprüfungsantrags durch die Generalversammlung die Einsetzung eines Sonderprüfers verlangen können, aber nicht in der Lage sind, überhaupt die Abhaltung einer solchen Versammlung durchzusetzen⁵¹ und dort einen solchen Antrag zu stellen. Sofern deshalb der Verwaltungsrat die Einberufung einer Generalversammlung unterlässt und auch die Revisionsstelle nicht einschreitet⁵² oder überhaupt keine solche vorhanden ist⁵³, bleibt für diese Aktionäre ihr Recht gemäss Art. 697b E-OR 2007 Makulatur.⁵⁴ Abhilfe schaffen könnte allenfalls ein Vorge-

hen über Art. 731b E-OR 2007⁵⁵: Eine Aktiengesellschaft, deren «oberstes Organ»⁵⁶ nur auf dem Papier besteht, ist unseres Erachtens mangelhaft organisiert⁵⁷, sodass der Richter auf Klage jedes Aktionärs hin den Verwaltungsrat zur Abhaltung einer Generalversammlung anhalten oder eine solche selbst einberufen⁵⁸ können müsste.

Immerhin ist mit diesem Entscheid klargestellt, dass der Verwaltungsrat das Begehren nicht torpedieren kann, indem er die Abstimmung über den Antrag auf Sonderprüfung verweigert. Der Antragsteller hat indessen auf seinem Antrag zu beharren und sollte darauf drängen, dass die Verweigerung ordnungsgemäss protokolliert wird (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 2 und 4 OR).

2. BGE 138 III 252 ff.

BGE 138 III 252 ff. zeigt einmal mehr, dass Sonderprüfungsverfahren gut vorbereitet sein wollen. Der Antragsteller hat sich bewusst zu sein, dass die Sonderprüfung ein Instrument zur Ermittlung eines noch unklaren Sachverhalts ist und dieser Sachverhalt im Zusammenhang mit einer Gesetzes- oder Statutenverletzung stehen muss, an deren Klärung ein aktuelles Interesse besteht. Bereits die an der Generalversammlung zu stellenden Fragen sind auf dieses Ziel auszurichten, auch wenn es zulässig ist, einen Teil davon später fallen zu lassen. Auch der Antrag an die Generalversammlung hat sodann diese Fragen zu beinhalten.⁵⁹ Dem Grundsatz der Subsidiarität misst das Bundesgericht eine grosse Bedeutung zu.

Im Übrigen dürfte die praktische Bedeutung von BGE 138 III 252 ff. gering sein, da der Entscheid bei seinen rechtlichen Ausführungen nicht über eine Bestätigung

⁴⁹ Art. 697b Abs. 1 E-OR 2007.

⁵⁰ Art. 699 Abs. 3 E-OR 2007.

⁵¹ Die Lehre geht offenbar einhellig, wenn auch jeweils bloss implizit, davon aus, dass Aktionäre die Einberufung der ordentlichen Generalversammlung nicht gerichtlich durchsetzen können, ausser sie verfügten über die Mindestbeteiligung von Art. 699 Abs. 3 OR. Art. 699 Abs. 3 und 4 OR gälten also nicht nur für Begehren um ausserordentliche, sondern auch für die Durchsetzung ordentlicher Generalversammlungen (oder, vielleicht genauer, die Einberufung ausserordentlicher Generalversammlungen, welche die Funktion einer ordentlichen übernehmen). S. etwa BÖCKLI (FN 5), § 12 N 123a: «Bleibt der Verwaltungsrat sträflich untätig [und ist keine Revisionsstelle vorhanden, welche nach Art. 699 Abs. 1 OR die Generalversammlung ersatzweise einberufen könnte und müsste], so können Aktionäre, die über die erforderliche qualifizierte Aktienquote (Art. 699 Abs. 3 OR) verfügen, verlangen, dass der Richter die Generalversammlung direkt einberuft (Art. 699 Abs. 4 OR)» (Hervorh. hinzug.); ZK-TANNER, Art. 699 N 26 und 45. S.a. PETER V. KUNZ, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997, S. 150: Entgegen dem allgemeinen Grundsatz, dass für jedes Recht eine Klage besteht, seien im Aktienrecht Ansprüche nur einklagbar, wenn sich dies aus dem Gesetz ergebe. Für Art. 699 Abs. 2 OR scheint er das zu verneinen (S. 156). – Zu bedenken ist auch, dass ein Jahresabschluss vorliegen muss, damit eine «echte» ordentliche Generalversammlung durchgeführt werden kann; eine Aufgabe, die der Richter nicht übernehmen kann.

⁵² Sie hat nach Art. 699 Abs. 1 OR «nötigenfalls» die Generalversammlung einzuberufen.

⁵³ S. Art. 727a Abs. 2 OR.

⁵⁴ Dies jedenfalls dann, wenn man ein Überspringen des Sonderprüfungsantrags an der Generalversammlung nicht wenigstens bei

Nichtabhaltung der ordentlichen Generalversammlung zulassen will; s. oben Ziff. III.1.1.b.

⁵⁵ Materiell im vorliegenden Zusammenhang unverändert gegenüber Art. 731b OR.

⁵⁶ Art. 698 Abs. 1 OR; unverändert gemäss E-OR 2007.

⁵⁷ Judikatur und Literatur äussern sich zu dieser speziellen Situation zwar nicht, doch liegt nach einhelliger Meinung ein Organisationsmangel u.a. dann vor, wenn ein gesetzlich vorgeschriebenes Organ nicht mehr handlungsfähig ist, etwa aufgrund einer Pattsituation (BGer 4A_522/2011 vom 13. Januar 2011, E. 2.1; Botschaft zur Revision des GmbH-Rechts, BBl 2002 3148, 3232; BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 6 mit weiteren Nachweisen). Eine Generalversammlung, die nie stattfindet, ist offensichtlich nicht «handlungsfähig». Ausserdem soll ein nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 bzw. Abs. 2 ernannter Sachwalter eine ausserordentliche Generalversammlung einberufen können, wenn diese möglicherweise den Organisationsmangel beheben kann (PIERRE-ALAIN RECORDON, Les premiers pas de l'article 731b CO, SZW 2010, S. 1, 4). Wenn der Organisationsmangel gerade darin liegt, dass keine Generalversammlung stattfindet, sollte dasselbe a fortiori möglich sein. – S. aber auch STEFAN BÜRGE/NICOLAS GUT, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH, SJZ 105 (2009), S. 157, 159, die offenbar Mängel, welche die Generalversammlung betreffen, nicht als mögliche Organisationsmängel sehen.

⁵⁸ Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR bzw. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR sinngemäss. – Unverändert gemäss E-OR 2007.

⁵⁹ BGE 138 III 246, 247; 123 III 261, 264 f.

der bisherigen Rechtsprechung hinausgeht. Ob er allenfalls bei der Beurteilung, ob Behauptungen die Voraussetzung des Glaubhaftmachens erfüllen, eine Verschärfung darstellt, lässt sich nicht feststellen, weil diese Behauptungen nur zusammenfassend wiedergegeben werden. Das Entscheidungsergebnis weist aber auf jeden Fall einmal mehr auf die Problematik hin, dass es «Outsidern» oft unmöglich ist, dem Erfordernis der Glaubhaftmachung einer Rechtsverletzung zu genügen, sodass bei genügender Abschottung des Führungszirkels Fehlverhalten unaufgedeckt bleiben kann, dass aber nach dem Gesetzeswortlaut dennoch mehr als blosser Behauptungen nötig sind.

Auch die kommende (vom Parlament noch nicht verabschiedete, aber in diesem Punkt bisher unbestrittene) Revision des Aktienrechts wird daran nur wenig ändern, weil am Erfordernis der Glaubhaftmachung – mit Recht – grundsätzlich festgehalten wird. Immerhin muss nach dem Gesetzesentwurf kein *Schaden* mehr glaubhaft gemacht werden, sondern bloss eine *Schädigungsmöglichkeit*.⁶⁰ Eine noch wichtigere Erleichterung für Sonderprüfungsgesuche liegt in der erwähnten massiven Senkung der prozentualen Beteiligungsschwellenwerte. Damit steht die *Erhebung* von Sonderprüfungsgesuchen einem weit grösseren Aktionärskreis zur Verfügung, sodass man in Zukunft mit einer deutlich grösseren Zahl solcher Gesuche konfrontiert sein wird. Die Schwierigkeiten, ein Sonderprüfungsgesuch mit Erfolg *durchzubringen*, bleiben aber (abgesehen von der Glaubhaftmachung des Schadens) aufgrund der materiellen Schranken von Art. 697b Abs. 3 E-OR 2007 bestehen.

⁶⁰ Art. 697b Abs. 3 Ziff. 2 E-OR 2007. Dies ist sinnvoll, kann es doch nicht im Interesse der Gesellschaft und der Aktionäre liegen, dass eine Schädigung eingetreten sein muss, damit die Aktionäre reagieren können; s. schon CASUTT (FN 5), S. 54 f., 290, sowie BSK OR II-WEBER, Art. 697b N 7 mit weiteren Hinweisen.